

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, JUSTICIA CONVENCIONAL Y DERECHOS HUMANOS*

*Pedro Salazar Ugarte***

Realizaré una serie de reflexiones sobre las relaciones entre constitucionalismo, convencionalidad y la agenda de derechos humanos.

Siguiendo a Xisca Pou, es lícito decir que el derecho constitucional, como una rama específica de estudio en el ámbito de las reflexiones jurídicas, es relativamente un fenómeno reciente. Es decir, el derecho constitucional solía verse como un parámetro normativo de referente transversal a las demás ramas del derecho, y en realidad los juristas solían distinguirse sobre todo por su especialidad y adscripción a las otras ramas específicas, como por ejemplo el derecho administrativo o el derecho penal, con el tiempo incluso se fue evolucionando hacia ramas como el derecho fiscal, derecho electoral, etc., pero el derecho constitucional, propiamente como una rama de especialización jurídica, fue ganando fuerza en las últimas décadas.

Esto está grávido de consecuencias, al menos en dos dimensiones. Por un lado, el contenido del derecho constitucional ha tenido implicaciones importantes para el desarrollo de la dogmática jurídica, la evolución de las técnicas, modos y exigencias de interpretación jurídica y la forma en que se reflexiona y se discute el derecho. Los constitucionalistas, por la materia de estudio y

* Este documento es producto de la transcripción autorizada por el autor de la Conferencia: "Justicia constitucional, justicia convencional y derechos humanos", impartida en el marco del Tercer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, el día 3 de octubre de 2016, en el Aula Magna de la Escuela Judicial del Estado de México. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial del Estado de México, <https://www.youtube.com/watch?v=IFGNw-nkEOc&t=339s>.

** Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Doctor en Filosofía Política por la Universidad de Turín, Italia. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel III). Actualmente es investigador de tiempo completo y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

por la materia normativa con la que interactúan, se ven inevitablemente constreñidos a tener una interacción constante con otras disciplinas —no necesariamente jurídicas— que interpelan al fenómeno jurídico, pero lo estudian desde otros miradores disciplinarios y siendo ésta una particularidad —no exclusiva del Derecho constitucional—, pero que sí es muy relevante en este ámbito.

Con la evolución del derecho constitucional, como una disciplina que va ganando terreno en el ámbito de la reflexión del debate y de la discusión jurídica, han surgido teorías y fenómenos jurídicos que vale la pena dar cuenta y que son relativamente recientes.

En el ámbito de las teorías constitucionales, podemos identificar fenómenos como los siguientes: el llamado *neoconstitucionalismo*, que además es una creación de Susanna Pozzolo y del grupo genovés. El neoconstitucionalismo en realidad es una categoría conceptual para hacer referencia a una serie de tendencias de interpretación del derecho constitucional, pero no constituye, de suyo, una teoría. Sin embargo, no se puede negar que como suele pasar con las palabras y con los conceptos, esta noción de neoconstitucionalismo ha ganado terreno, ha ganado carta de identidad y algunos autores reivindican incluso su adscripción a este fenómeno teórico, o a este conjunto de fenómenos amalgamados en una categoría teórica.

Un fenómeno distinto, pero que se tardó en distinguir —pues solían ponerlo en el mismo saco— es el llamado *garantismo*, también de estirpe italiana. Impulsado en sus primeros diseños teóricos por la obra de Luigi Ferrajoli que en realidad llegan al ámbito constitucional encontrando su origen en la materia penal; es decir, el garantismo, en efecto, no está pensado como una teoría del derecho constitucional, sino como una teoría penalista que se traslada al ámbito del terreno constitucional y que trae consigo una serie de principios, criterios y herramientas metodológicas para la interpretación del derecho en la esfera constitucional, y muy fértil en el ámbito del derecho constitucional de los

derechos humanos. Pero no es lo único que hay en el mundo del debate constitucional, si bien lo adscriben a los neoconstitucionalistas —pues está toda la teoría anglosajona de estirpe dworkiniana que mira también al derecho constitucional, particularmente al norteamericano— también ofrece una serie de herramientas metodológicas y teóricas que apuntan al derecho constitucional.

Otra teoría interesante, que ha cobrado algo de fuerza en los años recientes, es el *constitucionalismo popular*. Esta teoría de matriz anglosajona en sus inicios, aunque luego se decanta en territorios latinoamericanos, incluso con autores muy buenos y jóvenes —como Roberto Niembro y Micaela Alterio, entre otros— tiene una presencia importante en las reflexiones constitucionales mexicanas.

Desde el punto de vista teórico, esta fuerza del derecho constitucional despierta un conjunto de reflexiones y de miradores teóricos para estudiar el fenómeno constitucional que no estaban en nuestros temarios de estudio cuando nos formamos en nuestras respectivas licenciaturas.

También encontramos nuevos fenómenos constitucionales, no teorías, que obviamente reproducen teorías, pero que son fenómenos normativos que tienen una dimensión política. Por ejemplo, vale la pena mirar con atención al llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Por ejemplo, la Constitución venezolana de 1999, la ecuatoriana de 2008 o la boliviana de 2009 son fenómenos constitucionales que amalgaman un conjunto de elementos de las teorías tradicionales del constitucionalismo universal con una serie de reivindicaciones localistas, incluso interesantes, con una serie de figuras, principios de interpretación de carácter autóctono y tradiciones indigenistas. No podemos dejar de reconocer que en los países latinoamericanos existen una serie de fenómenos constitucionales que se han generado con la finalidad de provocar un debate —no sólo en el ámbito de la academia— sino de la política y, por supuesto, en el ámbito del derecho.

Entonces, estas teorías y estos fenómenos constitucionales a los que he aludido nos imponen el reto a los juristas de mirar el fenómeno constitucional, no sólo con las herramientas del derecho. Inevitablemente, el derecho constitucional se ha interseccionado y tiene un diálogo con otras ramas y disciplinas que estudian los fenómenos sociales. Por ejemplo, el derecho constitucional es estudiado con mucho interés por politólogos, quienes realizan interesantes análisis de los juzgadores, con metodologías propias de las ciencias sociales. Algo similar sucede con los economistas, los sociólogos e incluso con los antropólogos.

Fuera de cualquier purismo, esta es una invitación a la que debemos tomarle la palabra, ya que los operadores jurídicos, estudiosos del derecho y profesores del derecho, debemos ser técnicamente sólidos en el área de nuestra especialidad. Se requieren juristas capaces de operar el fenómeno jurídico y de extraer del sistema jurídico las decisiones que se requieran; abiertos a este diálogo con otras disciplinas y capaces de traducir las propias experiencias en el ámbito del derecho a las experiencias interdisciplinarias con las que interactúa el derecho económico. En el plano teórico, esto puede resultar sencillo, pero desde la filosofía política, Michelangelo Bovero señala: “el derecho y el poder son dos caras de la misma moneda”. Esto es, si queremos entender el derecho, debemos mirar su dimensión de poder político y también de poder privado, y viceversa. No vamos a comprender a cabalidad las complejidades de eso que llamamos derecho si no estamos dispuestos a mirar su interacción con esa otra dimensión: la del poder político. Para los juzgadores, es de enorme relevancia lo que se ha señalado, porque los invita a considerar con seriedad que las decisiones que adoptan —desde una perspectiva del derecho y ceñidos a los rigores del derecho— ineludiblemente tienen una dimensión en el ámbito de lo político y en el ámbito de lo social. Esa dimensión supone una responsabilidad que trasciende a la mera formación desde el punto de vista técnico y disciplinario como juristas. Esto debe observarse en toda su complejidad y sobre todo debe reflexionarse con todas sus implicaciones.

Si miramos el contenido de las constituciones, podemos afirmar de manera banal que las constituciones contienen una parte dogmática, pero no son sólo eso, sino también un expediente de derechos. Los derechos, en muchos casos, están contenidos en normas de principios susceptibles de interpretación. Esas interpretaciones que los juzgadores hacen en materia de derechos obviamente tienen una incidencia importante en la manera en que se va conformando el derecho y en las consecuencias que tiene el derecho en la vida de las personas.

La segunda dimensión que nos obliga a mirar al derecho constitucional con una preocupación política es la dimensión de la organización de los poderes —el otro gran expediente de la Constitución—; si no se entiende cómo operan, cómo interactúan, cómo se interrelacionan los poderes, difícilmente vamos a entender a cabalidad cuáles son las implicaciones de las decisiones jurídicas que adoptamos.

La dimensión del derecho convencional no ha sido deliberadamente abordada por los profesores en la formación de licenciatura. Muy pocas veces aludieron al derecho internacional, haciéndola una materia relativamente marginal en los planes de estudio, no como un derecho; formaba parte y está vigente dentro del ordenamiento jurídico mexicano.

En los años de apertura al derecho internacional en nuestro país, se fueron forjando dos escuelas, las cuales el día de hoy están claramente reflejadas, en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y dividen en mitades las interpretaciones de las y los ministros. Una, la escuela del maestro Fix-Zamudio (escuela comparativista), abierta a la experiencia internacional; la otra, la escuela del maestro Ignacio Burgoa, profundamente orientada a pensar y a estudiar el derecho nacional.

De hecho, están documentadas grandes discusiones entre el maestro Fix-Zamudio y el maestro Burgoa sobre cómo mirar al fenómeno jurídico. El maestro Fix-Zamudio, invitando a mirarlo

con una perspectiva universalista, es decir, mirando el fenómeno jurídico, no sólo de otros países sino con una apertura a la incorporación del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico mexicano; y el maestro Burgoa defendiendo una visión del derecho mucho más nacionalista, reivindicando la tradición histórica de las grandes instituciones jurídicas mexicanas, por ejemplo, el amparo, reivindicando la capacidad de los juristas mexicanos de crear una tradición jurídica propia.

Pero esto también viene acompañado de las maneras de mirar al derecho, desde el punto de vista de la interpretación, igualmente está acompañado del tipo de libros que se leen y enseñan. Quien tiene una mayor apertura hacia el mundo lee autores de todo el mundo; quien no es así tiende a mirar la muy sólida dogmática del derecho mexicano. Pero ahí ya hay una diferencia, incluso de formación como juristas; y por supuesto que esa formación predispone nuestra actitud frente al fenómeno del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual es algo que vale la pena tener en cuenta cuando pensamos en los debates de hoy, que tienen además mucho que ver con la agenda internacional y el derecho convencional.

El derecho internacional fue ganando fuerza dentro del ordenamiento jurídico mexicano, convirtiéndose cada vez más en un instrumento que debemos conocer y saber utilizar quienes enseñamos y quienes operan el derecho desde los tribunales. Esto no necesariamente surge del ámbito de la agenda de los derechos humanos, surge primero de la agenda del derecho económico, es de ahí desde donde el derecho internacional se va convirtiendo cada vez más en un instrumental jurídico que hay que conocer, que hay que aprovechar para resolver asuntos de relevancia local y nacional, pero de ineludible carácter internacional. La brecha abierta por el derecho económico fue ganando fuerza y en efecto fue cobrando presencia en el ámbito de lo que llamamos el derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos en México, si bien llegó con la reforma de 2011 —con la fuerza que todos co-

nocemos—, ya estaba presente en los ordenamientos jurídicos de otras constituciones de la región latinoamericana y ya había sido objeto de un fuerte desarrollo interpretativo en el ámbito internacional y también en el ámbito de otras cortes internacionales. Colombia en 1991, Perú en 1992, Argentina en 1994 y las que ya mencioné una década después (Venezuela, Ecuador y Bolivia) son Constituciones que se abren a la doctrina europea del llamando *bloque de constitucionalidad* que supone una incorporación de pleno derecho del derecho internacional de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico mexicano.

Lo anterior ha generado muchas discusiones, que no son exclusivas de la judicatura, son debates que están instalados en la academia —y tienen una dimensión muy relevante en el debate jurisdiccional de estos años—. Se trata de una tendencia que no se va detener, la fuerza internacional de los derechos humanos ha llegado para quedarse, ha ido abriendo y seguirá abriendo brecha.

Los países han mostrado resistencia a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. En Venezuela, por ejemplo, lo neutralizó la Suprema Corte de Justicia venezolana, ya que en vía jurisdiccional empezaron a ejercer las resistencias más fuertes. En Ecuador, aunque la Constitución también reconoce la incorporación de máximo rango normativo del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido el Poder Ejecutivo el que más resistencias ha puesto; en efecto, el presidente Rafael Correa se enfrentó desde el día uno de su gobierno con la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, generando una fuerte resistencia al sistema interamericano. Podemos ver otros casos como el de Uruguay, con el famoso caso Gelman, en el cual se encuentra una resistencia que viene más desde la sede legislativa y refrendaria, es decir, desde una base de representación política. En efecto, estas resistencias ahí están, sin embargo el derecho internacional de los derechos humanos ha seguido ganando fuerza en esos países, y en el nuestro. Creo que se trata de una realidad a la que no vale la pena resistimos, sino comprenderla, incorporarla y utilizarla.

Por ejemplo, cada vez hay más sentencias de jueces de todos los tribunales del país en las cuales se echa mano de argumentos de derecho internacional. Cada vez son más comunes, no sólo en la Suprema Corte, sino que en algunos momentos se han realizado importantes esfuerzos en el Poder Judicial Federal para formar jueces, juezas, magistrados en interpretación en materia de derechos humanos.

Pero esto que sucede en sede judicial, en realidad es la respuesta a lo que sucede en el ámbito del litigio, y sobre todo de estas organizaciones que se conocen como de *litigio estratégico*, que están muy bien organizadas, que conocen muy bien el instrumental de los derechos humanos en sede internacional y que litigan echando mano de parámetros, criterios, interpretaciones, decisiones de instancias internacionales y que llegan a los tribunales con argumentos de los que los jueces tienen que hacerse cargo y que tienen una impronta internacional indiscutible. Esto se observa en las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y en las acciones de inconstitucionalidad.

Si revisamos la última acción de inconstitucionalidad que acaba de presentar contra el Congreso de Veracruz, la CNDH deja ver cómo está construida, casi toda utilizando parámetros internacionales en materia de derechos humanos. También cobra fuerza la sede legislativa, cada vez más son las reformas constitucionales o los dictámenes de reforma legislativa en sentido amplio, que incorporan dentro de sus considerandos y dentro de su instrumental normativo normas que provienen del derecho internacional de los derechos humanos. Esta es una tendencia inevitable, con la cual comulgo, pero eso es una discusión ideológica que abordamos en otra oportunidad.

Quiero destacar la forma en que la evolución de la interpretación jurídica constitucional está amalgamada con la dimensión convencional, tanto así que en aquella famosa discusión de la resolución 296 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los

ministros que, en aquella vez sí lograron firmar juntos diez de once, en una toma de postura frente al tema, decían que ya no tiene sentido distinguir entre constitucionalidad y convencionalidad porque forman parte —encontraron esta fórmula que más barroca no podría ser— del parámetro de regularidad constitucional en México, todo porque no les gustó llamarlo bloque de constitucionalidad.

Con este concepto del bloque de constitucionalidad, lo que estás diciendo es que, en materia de derechos humanos, el instrumental normativo de máximo rango para argumentar y tomar decisiones consiste en la incorporación de normas que provienen del sistema universal y del sistema regional en materia de derechos humanos.

A poco más de la mitad del año 2016, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas estuvieron presentes sesionando miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; se llevaron a cabo las entrevistas sobre el caso Atenco, con los representantes del gobierno mexicano; se dio la segunda sesión en su historia de plenos, con el secretario general de la OEA y ahí estaban presentes un grupo muy robusto de estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAM, que todos los años participan en importantísimos concursos sobre el sistema interamericano y que se están formando con esos parámetros y con esa información. Ese es el futuro, no hay que resistirse, hay que contratarlo en los juzgados, en donde vengán a aportar esa visión del derecho que están aprendiendo desde las aulas, pero también desde la práctica.

Hoy están prefiriendo irse al litigio porque ven al Estado, entendiéndolo como una entidad abstracta que no es receptiva con esta agenda. Considero que esto es un error, los distintos órdenes de gobierno se deben incorporar para que desde ahí se vaya enriqueciendo el derecho con estos nuevos parámetros que provienen de la fuente internacional.

En el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM contamos con el maestro Fix-Zamudio y el Dr. Sergio García Ramírez, quienes fueron presidentes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y el juez Eduardo Ferrer, primer vicepresidente, quien también es investigador del instituto, Jesús Orozco Enríquez quien es comisionado y fue dos veces presidente de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. El instituto es muy receptivo a esta apertura hacia el derecho internacional, sus miembros están muy preocupados y ocupados en abrir espacios para que los juristas mexicanos abrevemos y utilicemos este instrumental normativo de enorme riqueza.

Otro ejemplo a presentar es el llamando matrimonio igualitario, ya que se han dictado varias sentencias en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y cada una de ellas —además de tener un robusto andamiaje teórico— tienen referencias al derecho internacional de los derechos humanos; por supuesto quienes se oponen a las mismas acusan a todo el andamiaje normativo del derecho internacional de los derechos humanos de ser la fuente de esta manera de mirar la agenda de la igualdad, de la inclusión, de la no discriminación. Desde luego, es cierto también que, en esta materia, el derecho internacional de los derechos humanos es una fuente fecunda en argumentos, entonces aquí encontramos un buen ejemplo, a pesar de la discusión en la SCJN de las jerarquías, de una decisión que además se ha tomado de manera reiterada por ministros y ministras casi de manera unánime, porque fueron unánimes algunas de las decisiones del Pleno y otras no, porque un ministro nuevo se resistió a votar ni siquiera por deferencia al Pleno, en el sentido en el que ya había varias decisiones.

Concluyo señalando que las cosas no están bien en materia de derechos humanos en México, están complicadas en todo el país y la agenda de los derechos humanos no es la agenda de los espíritus optimistas o cursis. La agenda de los derechos humanos es la agenda de los espíritus desencantados, de los que estamos conscientes del daño que somos capaces de hacer

unos seres humanos a otros, de los que estamos conscientes de lo que significan los abusos de poder en todas sus dimensiones y de los que estamos conscientes de la vulnerabilidad de las personas en entornos adversos a la agenda de los derechos humanos. Es desde ese desencanto, no desde la ingenuidad, que reivindicamos la importancia de este instrumental normativo en un país en el que están sucediendo las cosas que están sucediendo y en un mundo en el que están pasando las cosas que están pasando; reivindicar los derechos humanos es reivindicar la única herramienta conceptual que la modernidad jurídica nos ha ofrecido para intentar generar condiciones de convivencia pacífica, respetuosa, libre e incluyente; y quien no lo tenga presente, lo único que tiene que hacer es ir a buscar en la historia de la construcción del andamiaje normativo de sede internacional cuándo y por qué surge la agenda de los derechos humanos. Cuando se percaten de que la agenda de los derechos humanos es la respuesta desde el dolor y desde el espanto a los abusos de la Segunda Guerra Mundial entenderán por qué es una apuesta civilizatoria, entenderán por qué, cuando el horror y el espanto se están apoderando de nuestras calles, es una agenda que debemos reivindicar. Así, desde mi convicción, considero que el constitucionalismo de los derechos y el convencionalismo de los derechos es la única oportunidad que tenemos como generación para heredarle un país digno a las generaciones siguientes.